

III.

Die Bildnis- und Leichnamsstrafen im Kontext der Lehre von den *crimina excepta)**

Von

Harald Maihold

I. Zwei Fälle zur Einführung

Rom 897: Zehn Monate nach seiner ehrenvollen Bestattung wird Papst Formosus der Prozess gemacht. Stephan VII. lässt die Gebeine seines Vorgängers ausgraben, mit dem päpstlichen Ornat geschmückt auf einen Stuhl setzen und klagt sie öffentlich an. Zur Verteidigung wird dem Toten ein Diakon zur Seite gestellt. Der Vorwurf lautet auf Eidbruch. Der spätere Papst hatte, um von einer Exkommunikationssentenz befreit zu werden, seinem Vorgänger Johannes VIII. gegenüber schwören müssen, niemals mehr römischen Boden zu betreten. Hintergrund des Konflikts war der Konkurrenzkampf mehrerer Geschlechter um die Vorherrschaft auf dem Stuhl Petri. Formosus hatte den ostfränkischen König, Johannes den Herzog von Spoleto favorisiert. Den erzwungenen Eid hatte zwar Papst Marinus I. gelöst, woraufhin Formosus nach Rom zurückgekehrt und selbst Papst geworden war. Stephan VII., Parteigänger der Spoletaner, kümmerte das wenig. Die „Leichensynode“ fällt das Urteil: Formosus werden die päpstlichen Kleider ausgezogen, die Schwurfinger abgetrennt, der Leichnam wird an den Füßen aus der Kirche gezogen und auf dem Fremdenfriedhof verscharrt, später in den Tiber geworfen. Sympathisanten des Toten finden die Leiche, der neue Papst Theodor II. lässt Formosus in einem Wiederaufnahmeverfahren offiziell rehabilitieren und erneut bestatten. Acht Jahre später werden die Gebeine im Zuge eines von Papst

*) Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser am 17. September 2010 auf dem 38. Deutschen Rechtshistorikertag in Münster gehalten hat. Die Ausführungen zu V. waren auch Gegenstand eines Vortrages vom 8. September 2011 an der Kansai University, Osaka (Nachweis Anm. 51).

Sergius III. angestregten dritten Prozesses wiederum ausgegraben und abgeurteilt. Der Kopf wird abgeschlagen und die restlichen Finger der Schwurhand abgehackt, anschließend wird die Leiche wieder in den Tiber geworfen. Aber der Leichnam wird erneut von Fischern aus dem Fluss gezogen und zur Peterskirche verbracht. Dabei, so berichten die hagiographischen Quellen, sollen sich die Heiligenbilder vor dem Leichnam verneigt haben¹⁾.

Szenenwechsel, Basel 1556: In der Leonhardskirche wird der angesehene Bürger Johann von Brügge feierlich beigesetzt. Vor 12 Jahren war der wohlhabende Mann in Basel angekommen, hatte Kontakte zur hohen Bürgerschaft geknüpft, sich das Bürgerrecht erkauft und eine herrschaftliche Immobilie nach der anderen erworben, darunter den sog. Spießhof auf dem Heuberg und das Binninger Schloss. Unter den Erben kommt es zu Streitereien, das Imperium bricht zusammen. Ein entlassener Diener offenbart die wahre Identität des Mannes: Johann von Brügge alias David Joris war der charismatische Führer einer Wiedertäufergemeinde, die vor der Verfolgung nach Basel geflüchtet war. Die Basler Obrigkeit, obgleich protestantisch, verdammt die Wiedertäufer ebenso wie das katholische Münster. Auch im Fall Joris reagiert sie streng, wohl nicht zuletzt aus Wut über die eigene Unbedarftheit. Der Basler Ratskonsulent Bonifacius Amerbach (1495–1562) strengt eine Anklage gegen den Toten wegen Häresie an, damit, wie er sagt, Gottes Zorn geheiligt, das Laster abgewiesen und andere von dergleichen Verbrechen abgeschreckt werden. Am 13. Mai 1558 wird im Hof des Rathauses über eine Kiste mit Joris' Schriften und ein Bildnis des Toten Blutgericht gehalten und das Urteil gefällt: Der Leichnam wird ausgegraben und mitsamt den Schriften auf dem Richtplatz vor dem Steinentor den Flammen übergeben, Joris verliert rückwirkend die Erbfähigkeit, sein Vermögen wird konfisziert, die Joristische Gemeinde muss ihrem Irrglauben abschwören. Die Chroniken berichtet später von allerlei Spukgeschichten, vom Umhergehen des Toten mit schwarzen Hunden oder auf einem Pferd²⁾. Das Bildnis des Ketzers wurde zur Mahnung

¹⁾ Rudolf His, *Der Totenglaube in der Geschichte des germanischen Strafrechts*, 1929, S. 11; Paul Fischer, *Strafen und sichernde Maßnahmen gegen Tote im germanischen und deutschen Recht*, 1936, S. 41f.; Wolfgang Schild, *Alte Gerichtsbarkeit, Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, 1980, S. 70; Friedrich Wilhelm Bautz, Artikel „Formosus, Papst“, in: Ders. (Hg.), *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, Band 2, 1990, Sp. 70f. Die Angaben stimmen im Detail z. T. nicht überein.

²⁾ Friedrich Nippold, *Joris von Delft, Sein Leben, seine Lehre und seine Secte*, in: *Zeitschrift für die historische Theologie* 33 (1863), S. 3ff., 34 (1864), S. 483ff., 38 (1868), S. 475ff.; Paul Burckhardt, *David Joris und seine Gemeinde in Basel*, *Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde* 48 (1949), S. 5ff.; René Teute-

im Rathaus aufgehängt, heute kann man es, ebenso übrigens wie das Bildnis seines postmortalen Widersachers Amerbach, im Kunstmuseum besichtigen.

Beispiele solcher Strafprozesse gegen Tote sind in der Praxis des Mittelalters und der frühen Neuzeit zahlreich. In der rechtshistorischen Forschung des 20. Jahrhunderts wurden sie vornehmlich als Ausdruck „germanischen“ Strafrechts in den Blick genommen³⁾. Nach den Forschungen der letzten Jahrzehnte ist allerdings von einem germanischen Strafrecht nicht viel übrig geblieben: Mannheiligkeit, Meintaten, Neidingswerke, Friedlosigkeit, Blutrachepflicht, Sippenhaftung und die Todesstrafe als sakrales Sühneopfer – all diese ehemals heiligen Kühe der juristischen Germanenideologie dürften heute als geschlachtet gelten⁴⁾. Auch die Leichnamstrafen waren nicht speziell germanisch oder deutsch. Wir treffen ähnliche Phänomene vielmehr auch im Mosaischen Recht, in Vorderasien, Griechenland und in den römischen XII Tafeln an, die von den einschlägigen Untersuchungen auch erwähnt

berg, *Basler Geschichte*, 2. Auflage 1988, S. 233f.; Irmgard Wilhelm-Schaffer, Artikel „David Joris“, in: Traugott Bautz (Hg.), *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, Band 3, 1992, Sp. 654ff.; Samme Zijlstra/Otto S. Knottnerus, Artikel „David Joris“, in: Martin Tielke (Hg.), *Biographisches Lexikon für Ostfriesland*, Band 4, 2007, S. 238ff. Der Fall ist bereits erwähnt bei Johann Klein/Bernhard Heinrich Jellinghausen, *Disputatio Juridica De Executione In Cadavere Delinquentis = Von Bestrafung des Missethätters Nach seinem Tode*, Rostochii 1699, cap. 4 num. 11.

³⁾ Heinrich Brunner, *Das rechtliche Fortleben der Toten bei den Germanen*, *Deutsche Monatsschrift f. d. ges. Leben der Gegenwart* 12 (1907), S. 18ff.; Ders., *Die Klage mit dem toten Mann und mit der toten Hand*, *ZRG Germ. Abt.* 31 (1910), S. 235ff. Vgl. auch Hans Schreuer, *Das Recht der Toten*, *ZRG Germ. Abt.* 33 (1916), S. 333ff., 34 (1916), S. 1ff. sowie die Nachweise in Anm. 1. Die Publikationen der Nachkriegszeit zeichnen dagegen bereits ein differenzierteres Bild, etwa Karl Frölich, *Germanisches Totenrecht und Totenbrauchtum*, *Hess. Bl. f. Volkskunde* 43 (1952), S. 41ff.; Horst Wölpert, *Die Toten in der Rechtsordnung und dem Brauchtum Schwabens vornehmlich im Mittelalter*, Diss. Tübingen 1953; Per-Edwin Wallén, *Die Klage gegen den Toten im nordgermanischen Recht*, Stockholm 1958, S. 300ff.; Nikolaus Englert, *Todesbegriff und Leichnam als Element des Totenrechts*, 1979.

⁴⁾ Vgl. Hermann Nehlsen, *Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen*, in: *Gerichtslaube-Vorträge, Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme*, 1983, S. 3ff., 9ff.; Harald Siems, *Die Lehre von der Heimlichkeit des Diebstahls, Zugleich eine Untersuchung zu Raub und Diebstahl im gelehrten Recht*, in: Jürgen Weitzel (Hg.), *Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter*, 2002, S. 85ff.; Harald Maihold, *Die Sippenhaft: Begründete Zweifel an einem Grundsatz des „deutschen Rechts“*, *Mediaevistik* 18 (2005), S. 117ff.

werden⁵⁾). Die Wurzeln dürften in steinzeitlichen magischen Vorstellungen liegen, die anthropologisch ubiquitär sind⁶⁾). Gleichwohl ist auffallend, dass die Bildnis- und Leichnamsstrafen im 16. und 17. Jahrhundert als Waffe in den Konfessionskriegen eine Blütezeit erfahren, vor allem in Frankreich, wo die Bestrafung von Leichen so üblich wird, dass die Kritiker von einer „französischen Gewohnheit“ sprechen⁷⁾). Dabei stellt sich die Frage, in welcher Kontinuität die frühneuzeitlichen Phänomene zu den älteren Erscheinungen stehen. Die Aufklärungsdebatte des 18. Jahrhunderts wird diese Phänomene in der Theorie überwinden⁸⁾), im Volksaberglauben findet sie noch heute ihren Niederschlag (Voodoo)⁹⁾), zuweilen sorgt das Problem auch noch heute in der juristischen Literatur für Diskussionsstoff¹⁰⁾).

Im Folgenden möchte ich zunächst die Argumente zusammenfassen, die in der juristischen Literatur für die Legitimation solcher Maßnahmen vorgebracht wurden (II.), um auf dieser Grundlage diejenigen Aspekte herauszuarbeiten, welche die Religion (III.) und den Staat (IV.)¹¹⁾ betreffen. Abschließend möchte ich auf den Zusammenhang dieser Phänomene mit der Lehre von den *crimina excepta* hinweisen (V.).

Es handelt sich nicht um Ergebnisse einer abgeschlossenen Studie, sondern um Vorüberlegungen zu weiteren Forschungen, die noch fragmentarischen Charakter tragen. Dabei werde ich mich weitgehend auf die im postmortalen Strafverfahren ausgesprochenen Leichnamsstrafen im engeren Sinne konzentrieren, d. h. die Vollstreckung der Körperstrafe am Leichnam oder am Bildnis eines Toten als Ersatz für die nicht mehr mögliche Bestrafung eines verstorbenen Straftäters¹²⁾).

⁵⁾ Vgl. Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 41, 59; His, Totenglaube (wie Anm. 1), S. 8, 12, 17. Ein exklusiver Anspruch des germanischen Rechts auf die Durchführung von Leichnamsstrafen wird also meist gar nicht erhoben.

⁶⁾ Vgl. auch Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 49.

⁷⁾ Wolfgang Brückner, Artikel „Leichenbestrafung“, in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG], II. Band, hg. von Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann ..., 1978, Sp. 1811f.

⁸⁾ Vgl. hierzu bereits meinen Budapester Vortrag: Harald Maihold, „Ein Schauspiel für den Pöbel“ – Zur Leichnamsstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie, Budapest 2005.

⁹⁾ Dazu Andreas Gößling, Voodoo – Götter, Zauber, Rituale, 2004.

¹⁰⁾ Vgl. Martin Heger, Der Tod des Beschuldigten vor Rechtskraft des Urteils und die Unschuldsvermutung, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2009, S. 45ff.

¹¹⁾ „Strafrecht, Religion und Staat“ lautete die Sektion auf dem 38. Deutschen Rechtshistorikertag in Münster, für den dieser Beitrag konzipiert wurde.

¹²⁾ Zur Klassifizierung der Leichnamsstrafen vgl. Maihold, Schauspiel (wie

II. Legitimation

An der Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert widmen sich eine ganze Reihe von juristischen Dissertationen dem Thema der Bildnis- und Leichnamstrafen¹³⁾. Unter den Autoren sind so berühmte Namen wie der Conring-Schüler, Jenaer Professor und Weimarer Hofrat Georg Adam Struve (1619–1692)¹⁴⁾, der Rostocker Pandektist Johann Klein (1659–1732)¹⁵⁾ und der in Heidelberg und Frankfurt/Oder wirkende Pufendorf-Nachfolger und Grotius-Kommentator Heinrich von Cocceji (1644–1719)¹⁶⁾. Dies spricht einerseits dafür, dass die Bildnis- und Leichnamstrafen in der Praxis eine gewisse Rolle gespielt haben, andererseits aber durch die Fortentwicklung

Anm. 8), S. 16f.; Brückner, Artikel „Leichenbestrafung“ (wie Anm. 7), Sp. 1810 sowie bereits Klein, *De executione* (wie Anm. 2), cap. 1 num. 70ff.

¹³⁾ Neben den in Anm. 14 bis 16 Genannten sind noch zu erwähnen: Johann Georg von Kulpis (1652–1698), *Commentatiuncula De Jure Circa Cadavera Punitorum* = Von Rechte derer Leichname, am Leben gestraffter Ubelthäter [vor 1699], Francofurti – Lipsiae 1725; Christian Hoffmann/Johann Gregor Hoffmann, *Disputatio Iuridica De In Effigie Suspenso, Vitembergae* 1711.

¹⁴⁾ Georg Adam Struve/Johann Friedrich Gerhard, *Dissertatio Historico-Juridica De Executione In Effigie ...* [Jena 1675], 1699. – Struve studierte bei Conring Geschichte und Jurisprudenz, 1645 Beisitzer am Schöffenstein in Halle, 1646 Promotion in Helmstedt, Ruf nach Jena, wo er bis zu seinem Tod blieb. Stadtrat in Braunschweig, Hofrat in Weimar, Verfasser der *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, 1670, eines sehr beliebten Lehrbuches zum gemeinen Privatrecht. Michael Stolleis (Hg.), *Juristen*, 2. Auflage 2001, Artikel „Struve“.

¹⁵⁾ Nachweis Anm. 2. – Klein, der Sohn des Rostocker Rechtsprofessors Christian Klein, war von 1691 bis 1715 Professor der Pandekten und in dieser Zeit viermal Rektor der Universität Rostock. Seit 1696 nahm er als Präses Disputationen ab. Zudem war er in verschiedenen Funktionen im Mecklenburgischen und Preußischen Justizwesen tätig. 1708 wurde er nach der erfolgreichen Heiratsvermittlung zwischen dem preußischen König Friedrich I. und der mecklenburgischen Prinzessin Sophie Luise geadelt; Paul Falkenberg, *Die Professoren der Universität Rostock von 1600 bis 1900*, Manuskript um 1900, S. 155, *Catalogus Professorum Rostochiensium*, abrufbar unter http://cpr.uni-rostock.de/file/cpr_derivate_000000004576/falkenberg_albumprof_p0155.jpg.

¹⁶⁾ Heinrich von Cocceji/Friedrich Wilhelm von Marwitz, *Disputatio Juridica De Justitia Poenae In Absentes Vel Mortuos Statuendae, Atque In Effigie Exequendae, Francofurti ad Viadrum* 1711. – Cocceji, Vater des bekannteren Samuel von Cocceji (1679–1755), studierte in Leiden und Oxford und übernahm Pufendorfs Heidelberger Lehrstuhl für Natur- und Völkerrecht, wurde dort aber 1688 durch die Wirren des Pfälzischen Erbfolgekriegs vertrieben. Er flüchtete zunächst nach Utrecht, bis er 1690 eine Professur an der kurbrandenburgischen Universität Frankfurt/Oder erhielt. Verfasser eines Grotius-Kommentars, Schriften zum Völkerrecht und zum öffentlichen Recht; Stolleis (Hg.), *Juristen* (wie Anm. 14), Artikel „Cocceji“.

der strafrechtlichen Grundsätze der Legitimationsdruck für solche Maßnahmen gestiegen war¹⁷⁾).

Auffallend ist, dass diese zeitgenössische Literatur oftmals Zusammenhänge zwischen der Bestrafung von Bildnissen und Leichnamen herstellt. Heinrich von Cocceji tut dies sogar im Titel der Arbeit, aber auch Johann Klein geht in seiner Arbeit über die Leichnamsstrafe immer wieder auf die *executio in effigie* ein¹⁸⁾. Daher dürfte es sich lohnen, beide Phänomene einmal im Zusammenhang zu betrachten und zu untersuchen, ob sie von ähnlichen Bedingungen und Zielsetzungen ausgehen.

In diesem kurzen Beitrag kann jedoch nicht die ganze Diskussion aufgerollt werden. Stattdessen wollen wir die Kritik und Legitimation der Leichnamsstrafe im gemeinen Recht exemplarisch am Beispiel der Schrift des Rostocker Rechtsgelehrten Johann Klein untersuchen, der die Leichnamsstrafen für legitim hält. Seine Argumentation lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Das erste Argument betrifft *Strafzwecküberlegungen*. Gegen die Leichnamsstrafe spricht, dass der Tote die Strafe nicht mehr fühlen kann und daher der Besserungszweck der Strafe nicht mehr erreichbar ist. Andererseits erfüllt die Leichnamsstrafe aber noch den Strafzweck der Abschreckung Dritter. Sie dient dem Schutz der Gemeinschaft und der öffentlichen Disziplin. Der natürlich eingetretene Tod des Täters reicht für diese Zwecke nicht aus, da das Andenken des Toten noch ehrenhaft wäre.

Das zweite Argument betrifft das Verhältnis von *Regel und Ausnahme*: Gegen eine Bestrafung des Leichnams spricht, dass der Tod nach einem Rechtsgrundsatz das Verfahren vor dem irdischen Gericht beendet, zuständig ist nun das göttliche Gericht. Damit hängt die Vorstellung zusammen, dass die Strafe auf die Seele zielt. Von dieser Regel macht aber die Gewohnheit fast aller Völker bei Schwerstdelikten zum Heil des Staates eine Ausnahme. Durch das Exempel nimmt die Gesellschaft zur Abscheulichkeit des Verbrechens abweisend Stellung. Auf die Delikts- oder Straffähigkeit kommt es, ebenso wie bei Sanktionen gegen Tiere und Sachen, nicht an. Insofern richtet sich die Strafe auch gegen den Körper, da dieser am Verbrechen teilgenommen hat.

Das dritte Argument betrifft die *Humanität* bzw. *Legitimität* der Strafe: Die Gegner wenden ein, dass Strafen am Leichnam, ob nun das Aufhängen, das Rädern oder Verbrennen, inhuman seien. Das bedeutet nach Klein jedoch

¹⁷⁾ Dies zeigt auch ein Fall aus der Geismarer Praxis von 1580, wo die Angehörigen des Täters die Obrigkeit vor die Appellationsinstanz ziehen; Hans Tütken, Totengericht und Totenrecht in Geismarer Quellen, Göttinger Jahrbuch 1964, S. 165ff., 169ff.

¹⁸⁾ Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 1 num. 51ff.

noch nicht, dass sie auch illegitim sein müssen. Wie Lohn und Ehre, so sei zur Bewahrung der Disziplin auch Strafe nach dem Tod legitim.

Das vierte Argument betrifft die *Verhältnismäßigkeit*: Die Gegner der Leichnamsstrafe führen an, dass sie zu weit greife, weil sie durch Vernichtung des Körpers die Erlösung und Auferstehung des Toten gefährde, während der Lebende vor der Hinrichtung noch in den Genuss des Beichtsakraments komme. Dagegen argumentiert Klein für die Leichnamsstrafe, dass in besonders schweren Fällen, wo die Strenge des Rechts zur Anwendung kommt, auch die Vernichtung des Körpers zulässig sei. Er erwägt aber, bei schwangeren Frauen auf die Vollstreckung bis zur Entbindung und bei Gefahr der Luftverpestung durch stinkende Leichen auf die Vollstreckung in der warmen Jahreszeit zu verzichten.

Das fünfte Argument betrifft die *Strafgerechtigkeit*: Gegen die Strafen am Leichnam wird vorgebracht, dass sie gegen die Gerechtigkeit, gegen die gute Gewohnheit, gegen das göttliche Recht und die Vernunft verstießen. Nach Klein trifft das aber deshalb nicht zu, weil die Leichnamsbestrafung gar kein moralisches Gesetz ist, sondern nur eine forensische bzw. zeremonielle Regel. Klein bezeichnet sie auch als „uneigentliche Strafe“¹⁹⁾.

Schließlich zählt Klein, wie in der Scholastik üblich, Autoritäten für und gegen die Leichnamsstrafe auf. Bezeichnenderweise nennt Klein für die Gegenansicht vor allem Autoren aus dem Umfeld der Spanischen Spätscholastik (Diego Covarrubias y Leyva, Antonio Gomez, Fernando Vázquez de Menchaca). Zugunsten der Leichnamsstrafe führt er zahlreiche Autoren aus der gemeinrechtlichen Kriminalistik an (Damhouder, Clarus, Farinacius, Carpzov, Theodoricus). Außerdem ergänzt er, hier schon Frühaufklärer, dass Vernunftgründe stärker zählen als Autoritäten.

Im Ergebnis hält Klein die Leichnamsstrafe also für zulässig. Da sie eine Ausnahme von einer anerkannten Rechtsregel darstellt, unterliegt sie aber neben dem richterlichen Ermessen gewissen Einschränkungen: Die Leichnamsstrafe darf nur bei ganz abscheulichen Verbrechen und nur durch das fürstliche Gericht verhängt werden, nicht dagegen durch niedere Gerichte. Da sich der Tote nicht mehr verteidigen kann, ist die Leichnamsstrafe nur zulässig, wenn bereits zu Lebzeiten in einem Verfahren gegen den Täter ein Geständnis bzw. ein Vollbeweis der Tat erbracht wurde oder das Verbrechen notorisch ist; denn in diesen Fällen wäre auch dem Lebenden jede Verteidigung versagt. Nur bei Hochverrat (*perduellio*) darf ausnahmsweise ein Verfahren

¹⁹⁾ Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 1 num. 60: *cum proprie intuitu mortui delinquentis haec executio non sit poena.*

auch gegen den Toten angestrengt werden. Da dieser sich nicht verteidigen kann, muss den Freunden dazu Gelegenheit gegeben werden. Schließlich darf die Tat nicht bereits zu Lebzeiten verjährt sein, da die Strafe dann auch nicht gegen den Lebenden vollstreckt werden könnte. Wenn eine Anklage oder Inquisition aber vor dem Tod möglich war, erlaubten die Quellen eine postmortale Klage innerhalb von fünf Jahren²⁰).

III. Bezüge zur Religion

Religiöse Vorstellungen haben zu allen Zeiten den rituellen und rechtlichen Umgang mit Leichen geprägt. Auch die Leichnamsstrafen sind vor allem in der ursprünglichen Phase eng mit religiösen Vorstellungen vom Jenseits und mit Hoffnungen auf ein Weiterleben nach dem Tod verbunden, ohne die das Phänomen nicht angemessen interpretiert werden kann.

Die rechtshistorische Forschung des frühen 20. Jahrhunderts hatte zwei grundsätzliche Vorstellungen vom Leichnam gegenübergestellt. Nach der magischen Vorstellung der Germanen habe der Verstorbene als „lebender Leichnam“ noch eine gewisse Zeit fortgelebt, er habe hören und sprechen, Nahrung zu sich nehmen und sogar das Beilager ausüben können²¹), er habe verletzt und verletzt werden, klagen und verklagt werden können. In der Tat wurden die Klage des toten Mannes und die Klage gegen den toten Mann ursprünglich mit dem Leichnam selbst erhoben, bis später die Hand des Toten bzw. eine Wachshand ausreichten. Bei der sog. Bahrprobe (*iudicium feretri*) lieferte der Tote sogar selbst das zur Überführung des Täters maßgebliche Beweis- bzw. Indizmittel²²). Aus diesen Erscheinungen folgerte man, der Tote sei für das Recht in vielfacher Hinsicht wie ein Lebender, als Träger von Rechten und Pflichten behandelt worden. Dem habe die römisch-rechtliche Vorstellung von der bloßen Sacheigenschaft der Leiche gegenüber gestanden, die im Mittelalter die alte, germanische Auffassung allmählich verdrängt habe.

Diese Darstellung der Entwicklung und die Vorstellung von einem Fortleben des Toten dürften jedoch der Germanenideologie des 19. und frühen

²⁰) Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 2 num. 74ff.

²¹) His, Totenglaube (wie Anm. 1), S. 3f.

²²) So verrät Hagen in der Nibelungensage seinen Mord an Siegfried; Brunner, Klage mit dem toten Mann (wie Anm. 3), S. 235ff.; Hermann Scherer, Die Klage gegen den toten Mann, in: Konrad Beyerle (Hg.), Deutsch-rechtliche Beiträge 4 (1909/10), S. 3f.; Georg Frommhold, Zur Klage mit dem toten Mann und mit der toten Hand, ZRG Germ. Abt. 36 (1915), S. 458ff.; His, Totenglaube (wie Anm. 1), S. 15f. Vgl. für Skandinavien Wallén, Die Klage (wie Anm. 3), S. 177, 308f.

20. Jahrhunderts angehören²³). Die behauptete Entwicklung widerspricht den historischen Tatsachen. Die Bahrprobe²⁴) war, ebenso wie die Bestrafung von Leichnamen und Bildnissen, vor allem ein Phänomen des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit, also einer Zeit, die von einer intensiven Begegnung mit dem römischen Recht geprägt war. Dass ausgerechnet diese Römer-verliebte Zeit an germanische Vorstellungen angeknüpft haben soll, erscheint wenig plausibel. Der Versuch, die neuzeitliche Bahrprobe und die Leichnamsstrafe als Ausdruck eines Fortlebens der Toten bei den Germanen zu verstehen, ist anachronistisch.

Schon grundsätzlich ist zu bezweifeln, ob eine sinnhafte Beteiligung des Leichnams an gerichtlichen Handlungen überhaupt ein (magisches oder rechtliches) Fortleben des Toten bezeugt oder ob diese Beteiligung nicht vielmehr als eine fiktive, symbolische zu verstehen ist²⁵). Auch wenn die Autoren des 17. Jahrhunderts wie Johann Klein bei der Leichnamsstrafung im Gegensatz zur symbolischen Bildnisstrafe von einer realen Strafe sprechen²⁶), so ist diese Strafe doch nur eine „uneigentliche“, deren Zwecksetzung sich gar nicht auf den verstorbenen Täter bezieht.

Auch die Rede vom lebenden Leichnam kann nicht für ein Fortleben des Toten herhalten, wie ein Blick auf die Begriffsgeschichte zeigt: Das Wort Leichnam (lat. *corpus, cadaver*) stammt von dem althochdeutschen *lih-hamo* (bzw. *lichamo*) und meinte ursprünglich die Körperhülle, also sowohl den lebenden (im Sinne von Person) wie den toten Körper²⁷). Erst im 16. Jahrhundert engte sich der Begriff des Leichnams zunehmend auf den toten Körper ein. Dazu wurde pseudo-etymologisch die Ableitung des Wortes *cadaver* als Abkürzung von *Caro dato vermibus* (Fleisch, den Würmern übergeben) behauptet²⁸). Begriffsgeschichtlich ist der lebende Leichnam demnach

²³) Englert, Todesbegriff (wie Anm. 3), S. 120ff. Differenzierend bereits Frölich, Germanisches Totenrecht (wie Anm. 3), S. 49f.; Wallén, Die Klage (wie Anm. 3), S. 303ff., 314ff.

²⁴) Dazu Wolfgang Schild, Folter, Pranger, Scheiterhaufen, Rechtsprechung im Mittelalter, 2010, S. 35. Hier ist noch Vieles ungeklärt.

²⁵) So Otto Peterka, Das offene zum Scheine Handeln im deutschen Rechte des Mittelalters, 1911, S. 10f., 32ff. Kritisch Wallén, Die Klage (wie Anm. 3), S. 310.

²⁶) Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 1 num. 56.

²⁷) Jacob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 12, bearb. von Moritz Heyne, Leipzig 1885, Sp. 625ff.; Deutsches Rechtswörterbuch [DRW], hg. von der Forschungsstelle der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Band 8, 1984–91 mit zahlreichen Hinweisen. Auch bei Tierkadavern sprach man von Leichnamen, Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 12, Sp. 627.

²⁸) Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 1 num. 16.

die Bezeichnung für einen *lebendigen* Körper und daher gar nichts Außergewöhnliches. Als „lebender Toter“ dürfte deshalb weniger der Verstorbene als vielmehr der lebende Verbrecher verstanden worden sein, dessen Ausschluss aus der Gemeinschaft mit dem sozialen Tod verglichen wurde²⁹⁾. Auch die Römer kannten freilich mit der *capitis deminutio* vergleichbare Sachverhalte eines sozialen Todes³⁰⁾.

Wie der soziale Tod, so ist auch die Vorstellung, dass dem toten Körper noch ein Rest von Persönlichkeit anhaftete und man die Strafe noch an diesem vollstrecken konnte, keinesfalls auf die Germanen beschränkt. Sie ist vielmehr im Kontext des christlichen Auferstehungsglaubens der römischen Kirche viel eher anzusiedeln als im germanischen Heidentum. Nur wo die Unversehrtheit des Leichnams Bedingung für ein Leben nach dem Tod war, ist es denkbar, Maßnahmen gegen Tote als jenseitige Strafe für ein Verbrechen zu deuten. Anders als in der Steinzeit, bei den Ägyptern und in der christlichen Auferstehungslehre hatte sich bei den heidnischen Germanen jedoch ein religiöser Seelenglauben durchgesetzt, der den Leib für das Leben im Jenseits als überflüssig betrachtete³¹⁾ und Wasser- oder Feuerbestattungen zuließ³²⁾. Dafür spricht auch die Behandlung des Grabfrevels, der nach kirchlicher Lehre eines der schwerstwiegenden Verbre-

²⁹⁾ Vgl. Hans-Peter Hasenfratz, Die toten Lebenden, Eine religionsphänomenologische Studie zum sozialen Tod in archaischen Gesellschaften, zugleich ein kritischer Beitrag zur sogenannten Strafpfertheorie, Leiden 1982, S. 1 ff.; ähnlich, aber noch im Rahmen der Friedlosigkeitslehre, Christoph von Unruh, Wargus, Friedlosigkeit und magisch-kultische Vorstellungen bei den Germanen, in: ZRG Germ. Abt. 74 (1957), 1 ff., 18; zustimmend Wolfgang Schild, Missetäter und Wolf, in: Festschrift für Karl Kroeschell, 1997, S. 1001 ff., 1029 m. w. N., der sich jedoch gegen die Auffassung wendet, in dem lebenden Toten [„toten Lebenden“ S. 1029 unten ist wohl ein Fehler] einen Totendämon oder Wolf zu sehen.

³⁰⁾ Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, ein Studienbuch, 19. Auflage 2008, § 13 I 2.

³¹⁾ Frölich, Germanisches Totenrecht (wie Anm. 3), S. 50.

³²⁾ Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 44, 49 ff. – Umstritten ist die Deutung der Moorleichen, die ja gerade weitgehend unverwest erhalten bleiben. Für Strafe etwa Gustav Radbruch/Heinrich Gwinner, Geschichte des Verbrechens, Versuch einer historischen Kriminologie (1931), in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe, hg. von Arthur Kaufmann, Band 11 Strafrechtsgeschichte, bearb. von Ulfried Neumann, 2001, S. 27 ff. Die Tacitus-Stellen, auf die sich Radbruch beruft, sind freilich auf Männer beschränkt, was die zahlreichen weiblichen Moorleichen nicht erklären kann. Es könnten auch verschiedene Bedeutungen (Bestrafung, Opferung, Bestattung, Unglück) in Betracht kommen; vgl. auch Michael Müller-Wille, Opferkulte der Germanen, 1999, S. 32.

chen darstellte, während er bei den Germanen keine herausragende Stellung einnahm³³⁾.

Mit der Vorstellung des Verbrechers als sozialem Toten verband sich bei verstorbenen Verbrechern und anderen gewaltsam getöteten Menschen die Angst vor Wiedergängern, Nachzehrern oder Vampyren, die dem Grab entsteigen, um anderen Schaden zuzufügen³⁴⁾. Diese Vorstellung ist noch in den Spukgeschichten um David Joris greifbar. Dagegen wurden schon in früherer Zeit die verschiedensten Sicherungsmittel eingesetzt, die zum Teil noch heute in den Bestattungsriten fortleben. So wurde der Leichnam unter der Schwelle aus dem Haus geschafft³⁵⁾, auf das Grab wurden schwere Stein gelegt. Umgekehrt versuchte man, dem Toten den Verbleib in der Unterwelt so angenehm wie möglich zu machen, indem man ihn in bequemer Hockerlage und an einem Kreuzweg bestattete, wo sich nach alter Vorstellung die Geister auf der Reise ins Totenreich versammelten³⁶⁾. Es sind Fälle bekannt, wo die Toten mehrfach in vermeintlich sicherere Grabstätten umgebettet wurden³⁷⁾. Zuweilen finden wir auch die Wasser- oder Feuerbestattung, um dem Toten die letzte Ruhe zu gewähren. Es handelt sich hier nicht um Leichenstrafen, sondern um Leichenpflege, die dem Toten den Weg in das Jenseits öffnen sollte³⁸⁾. Die Riten sind auch Ausdruck von Pietäts- und Ehrfurchtsgefühlen, die dem Verstorbenen noch eine gewisse Zeit nach dem Tod entgegengebracht wurden. Neben dem Schutz vor dem Toten sollten die Bestattungsriten auch die Götter besänftigen, was bei Verbrechern bedeutete, dass sie nicht in geweihter Erde bestattet wurden, um den Göttern zu zeigen, dass die Gemeinschaft den begangenen Frevel von sich weise³⁹⁾.

Noch bei Johann Klein haben diese religiösen Vorstellungen vom Totenkult ihren Niederschlag gefunden, wenn er die Gefährdung der Wiederauf-erstehung des Toten als Argument gegen die Leichnamsstrafe anführt. Sie spielen jedoch, wie das Ergebnis zeigt, nicht mehr die entscheidende Rolle, sondern sind von Erwägungen der öffentlichen Disziplin und des Staatsnut-

³³⁾ H. Nehlsen, Entstehung des öffentlichen Strafrechts (wie Anm. 4), S. 10.

³⁴⁾ Schild, Alte Gerichtsbarkeit (wie Anm. 1), S. 66, 70, 72; Rudolf Nehlsen, Der Wiedergänger, Die Heimat 59 (1952), S. 17ff.

³⁵⁾ Vgl. His, Totenglaube (wie Anm. 1), S. 6; Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 36.

³⁶⁾ Vgl. His, Totenglaube (wie Anm. 1), S. 8.

³⁷⁾ Instruktiv die isländische Sage vom Goden Snorri, bei Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 53f.

³⁸⁾ Frölich, Germanisches Totenrecht (wie Anm. 3), S. 56f.

³⁹⁾ Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 58ff.

zens verdrängt worden⁴⁰). Auch den Gedanken der Besänftigung Gottes konnten wir bei Bonifacius Amerbach und Klein noch wiederfinden, nämlich in dem Argument, mit der Leichnamsstrafe solle ein Zeichen gesetzt und das Laster abgewiesen werden. Eine ähnliche Argumentation finden wir in der kanonistischen Tradition der Tier- und Sachstrafen⁴¹), auf die sich Klein ausdrücklich bezieht⁴²). Klein argumentiert an anderer Stelle auch mit der Gotesebenbildlichkeit des Menschen, die eine Vergeltung des schweren Deliktes notwendig mache⁴³). Es ist bezeichnend, dass Klein diese autoritären Aspekte der Religion stark macht, während die zur Milde auffordernde Erwägung, dem Toten nicht die Erlösung und Auferstehung zu nehmen, im Ergebnis unberücksichtigt bleibt.

Die mehr oder weniger ausdrücklichen religiösen Bezüge in der Argumentation für die Leichnamsstrafe verwundern nicht. Der öffentliche Strafanspruch wurde im obrigkeitlichen Staat der frühen Neuzeit zumindest auch theokratisch legitimiert, und auch der Strafbegriff als solcher hat im 16. Jahrhundert unter theologischem Einfluss eine maßgebliche Umgestaltung erfahren, die das Schuldprinzip und den Grundsatz der Personalität der Strafe zu tragenden Säulen des neuzeitlichen Strafrechts gemacht haben. Damit sollte der Idee der göttlichen Gerechtigkeit auch im irdischen Strafverfahren Geltung verschafft werden⁴⁴).

⁴⁰) Vgl. oben II., Argument 4.

⁴¹) Vgl. Maihold, Schauspiel (wie Anm. 8), S. 14f.

⁴²) Klein, *De executione* (wie Anm. 2), cap. 2 num. 26.

⁴³) Klein, *De executione* (wie Anm. 2), cap. 3 num. 23.

⁴⁴) Dazu ausführlich Harald Maihold, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, 2005, S. 181ff.; Vgl. auch Ders., *El Castigo del pecado y la reprobación ética, La evolución del derecho penal moderno en la doctrina española del derecho natural*, in: Juan Cruz Cruz (Hg.), *Razón Práctica y Derecho, Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español*, Pamplona 2011, p. 125ff.; Ders., „Got is selve recht“: Vom strafenden Gott zur göttlichen Strafe – Strafreologien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, *ius.full* 2011, S. 98ff/150ff.; Ders., *Sünde und Gericht, Vergebung und Vergeltung – Die Erfindung des Strafrechts aus der Religion*, in: Jürgen Mohn/Adrian Hermann (Hgg.), *Orte der Europäischen Religionsgeschichte*, 2013 (im Druck); Ders., „das aus grosser barmhertzigkeit mus unbarmhertzig seyn“ – Legitimation und Grenzen der Gottesstrafe in der theokratischen Strafrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Gerd Schwerhoff/Eric Piltz (Hgg.), *Religiöse Devianz, Praktiken und Diskurse im konfessionellen Zeitalter* (im Druck); Ders., *God's wrath and charity – Criminal law in (counter-)reforming discourse of redemption and retribution*, in: Wim Decock u.a. (Hgg.), *Law and Religion, The Legal Teachings of the Catholic and Protestant Reformations*, 2014 (im Druck).

Gerade die Theologisierung des Strafbegriffs und seine Einengung auf die Schuldstrafe führten aber am Ende doch dazu, dass die religiösen Bezüge in der Begründung der Leichnamsstrafe erheblich an Gewicht verloren: Klein zufolge stand die göttliche Strafgerechtigkeit einer Leichnamsstrafe entgegen, weshalb er sie nur noch als „uneigentliche Strafe“ gelten ließ, die kein moralisches Gebot, sondern nur eine forensische bzw. zeremonielle Regel darstellte⁴⁵). Er nahm damit die Leichnamsstrafe aus dem theologisch aufgeladenen Strafbegriff heraus und rückte sie in die Nähe der Weiheuntauglichkeit (Irregularität), bei der es nach kanonistischer Tradition ebenfalls nicht auf Schuldaspekte, sondern objektiv auf die Würde von Institutionen ankam⁴⁶). Das Argument vermag im Hinblick auf das Verbot der Bestattung in geweihter Erde überzeugt haben (das Verbot bezweckt dann nicht die Bestrafung des Toten, sondern den Schutz der geweihten Erde) – körperliche Misshandlungen des Toten waren damit freilich kaum zu rechtfertigen.

IV. Bezüge zum Staat

Dies führt uns zu den Bezügen, die die Leichnamsbestrafung im Hinblick auf den staatlichen Strafanspruch aufweist. Mit der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs werden der Abschreckungs- und der Vergeltungsgedanke zur zentralen Säule der Leichnamsbestrafung. Dies ist vermutlich auch der Grund dafür, weshalb die Bildnis- und Leichnamsstrafen in dieser Zeit so beliebt sind. Sie stehen als Symbol für den strafenden Staat, der seinen Anspruch auf Vergeltung auch gegenüber Abwesenden und Toten nicht aufgibt. Bei der *executio in effigie* wurden die Puppen immer naturgetreuer gestaltet und teilweise mit tierischen Eingeweiden gefüllt, um die „Hinrichtung“ so authentisch wie möglich zu machen. In der theokratischen Auffassung der gemeinrechtlichen Literatur vermischen sich dabei Erwägungen des Staatsnutzens vielfach mit religiösen Begründungen. In Fällen, in denen der Verbrecher vom Opfer in Notwehr erschlagen wurde, wird zugleich eine Rechtfertigung des Nottäters verfolgt worden sein⁴⁷).

Bei Klein steht der Abschreckungsgedanke (*correctio et terror aliorum*) neben einer utilitaristischen Begründung über das Staatswohl. Niemand soll sich durch unbestrafte Verbrechen zu Straftaten aufgefordert fühlen⁴⁸). Die Legitimität der Leichnamsstrafe behauptet Klein auch entgegen ausdrücklich

⁴⁵) Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 1 num. 60. Vgl. oben II., Argument 5.

⁴⁶) Vgl. dazu Maihold, Strafe für fremde Schuld? (wie Anm. 44), S. 312f.

⁴⁷) Fischer, Strafen (wie Anm. 1), S. 41; Wallén, Die Klage (wie Anm. 3), S. 319, 324.

⁴⁸) Klein, De executione (wie Anm. 2), cap. 1 num. 48, 53, 61ff. Vgl. ebd. cap. 3

geäußerten Intuitionen der Humanität, die ihn andererseits zu einer Reihe von Beschränkungen der staatlichen Strafgewalt bewegen (Fürstenprivileg, Verteidigungsrecht).

Das Fürstenprivileg war freilich in der politisch zersplitterten Landschaft der frühen Neuzeit zuweilen wenig wert. Die Ausblendung religiöser Aspekte konnte in der Praxis dazu führen, dass der Leichnam verstorbener Missetäter zum Spielball kleinlicher politischer Auseinandersetzungen wurde. Beispielsweise wurde 1580 in Geismar ein in Notwehr getöteter Holzdieb mehrfach gehängt und wieder bestattet, weil sich die Hardenberger Gerichtsherren mit den Welfen um die Blutgerichtsbarkeit stritten⁴⁹⁾. Wir fühlen uns an die Auseinandersetzung um Papst Formosus erinnert. Der aus heutiger Sicht pietätlose Umgang mit dem Leichnam, der diesen wie eine Sache zum Mittel politischer Machtdemonstration macht, steht dabei in seltsamem Kontrast zu der Tatsache, dass hier anfänglich wohl an eine Klage gegen den toten Mann gedacht war, die doch ein gewisses Fortleben der Persönlichkeit des Toten bedingen würde. Offenbar haben wir hier zwei Beispiele für die im Mittelalter und in der frühen Neuzeit gerade in Strafverfahren häufig zu beobachtende „Gleichzeitigkeit von Ungleichzeitigem“⁵⁰⁾.

V. Crimina excepta

Bildnis- und Leichnamsstrafen gehören in der frühen Neuzeit nicht zum gewöhnlichen Instrumentarium des Strafrechts, sondern werden von der gemeinrechtlichen Lehre unter dem Stichwort der Sonderverbrechen (*crimina excepta*) abgehandelt. Die Lehre vom *crimen exceptum* (im Singular!) ist heute vor allem in der Hexenforschung bekannt⁵¹⁾, wobei die Einordnung

num. 21: *in detestationem huius facinoris, et aliorum emendationem*; cap. 3 num. 37, 39: *exemplum statui ... in terrorem aliorum*.

⁴⁹⁾ Tütken, Totengericht und Totenrecht (wie Anm. 17), S. 169ff.

⁵⁰⁾ Zur Bedeutung dieses Zitates für die Rezeptionszeit Dietmar Willoweit, Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen, Rationales und traditionales Rechtsdenken im ausgehenden Mittelalter, in: Hartmut Boockmann u. a. (Hgg.), Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, Teil II, 2001, S. 369ff.

⁵¹⁾ Vgl. nur Gerhard Schormann, Hexenprozesse in Deutschland, 3. Auflage 1996, S. 44; Harald Maihold, Crimina excepta – ein „Feindstrafrecht“ in der frühen Neuzeit?, in: Kansai University Review of Law and Politics 33 (March 2012), p. 55ff.; Ders., „Was aber bey der Nacht vnd haimblichen Orten geschicht / sein schwaerlich zu probieren“, Die Hexenprozesse und das Strafrecht der frühen Neuzeit, 2 Teile, ius. full 2009, S. 27ff/50ff., S. 39ff.; Ders., „Da dachte ich, Himmel und Erde gingen unter“, Hexenprozesse in Franken (= Studienarbeit 1993), 2008, S. 7f.; Arnd Koch, Wider ein Feindstrafrecht, Juristische Kritik am Hexereiverfahren, 2012, S. 14ff.

der Hexerei als Ausnahmeverbrechen hier oftmals zu einer problematischen Absonderung der Hexenforschung von der übrigen Kriminalitätsgeschichte geführt hat⁵²⁾. Über die Hexerei hinaus ist die Lehre von den *crimina excepta* in der Strafrechtsgeschichtsschreibung bisher kaum im Zusammenhang untersucht worden⁵³⁾. Doch kommt der Lehre weit über die Hexenprozesse hinaus Bedeutung zu, weshalb hier zur Bezeichnung der Lehre der Plural *crimina excepta* verwendet wird.

Der Begriff der *crimina excepta* ist in der gemeinrechtlichen Literatur noch kein terminus technicus⁵⁴⁾. Gleichwohl bestand trotz unterschiedlicher Bezeichnungen eine allgemein gefestigte Doktrin, wonach bei bestimmten Delikten Abweichungen im Strafverfahren und bei den materiellen Grundsätzen zugelassen waren, damit Straftaten effektiv verfolgt werden konnten: *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*⁵⁵⁾.

⁵²⁾ Kritisch dazu Christina Larner, "Crimen Exceptum"? The Crime of Witchcraft in Europe (1980), in: Dies., *Witchcraft and Religion, The Politics of Popular Belief*, Oxford 1984, p. 35ff., 58ff.; Gerd Schwerhoff, *Crimen Maleficarum, Das Verbrechen der Hexerei in kriminalitätsgeschichtlicher Perspektive*, in: Rita Voltmer (Hg.), *Europäische Hexenforschung und Landesgeschichte – Methoden, Regionen, Vergleiche*, 2013 (im Druck).

⁵³⁾ Einen ersten Versuch bietet immerhin Edward Peters, "Crimen exceptum": The History of an Idea, in: Kenneth Pennington (Hg.), *Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law, Città del Vaticano 2001*, p. 137ff. Peters beschäftigt sich allerdings mehr mit dem Ursprung des *crimen exceptum* und stellt die verschiedenen Folgen, die daran geknüpft waren, nicht im Zusammenhang dar. – Forschungsbedarf sehen auch Hinrich Rüping/Günter Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Auflage 2011, Rdnr. 133 und Arnd Koch, *Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts*, 2006, S. 100, Fn. 201.

⁵⁴⁾ Benedikt Carpzov, *Practicae novae Imperialis Saxonicae rerum criminalium* ..., Lipsiae 1739 (im Folgenden zit. *Practica nova*), pars 3 q. 117 num. 65 spricht zwar von *criminibus nefandis et exceptis*, verwendet aber meistens den Ausdruck *crimina atrocissima*.

⁵⁵⁾ Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 3 q. 125 num. 52: *in atrocissimis delictis, propter eorum enormitatem, atrociora remedia ad eruendam veritatem sint adhibenda; quippe cum et ob atrocitatem criminis quandoque jura transgredi liceat [...] et quanto majus damnum per ejusmodi delicta atrocissima reipublicae infertur, tanto magis ejusdem interest, delicta illa coerceri: quod fieri non potest, nisi in defectu probationum plenarum, confessio rei tormentis fuerit extorta*. Vgl. Giulio Claro (Clarus), *Liber Quintus [Receptarum Sententiarum] Sive Practica criminalis*, in: *Opera omnia*, Genevae 1666, § 1 num. 9; Prospero Farinacci (Farinacius), *Praxis et theoriae criminalis libri II*, Francofurti 1606, lib. 1 q. 37 num. 85; Hippolytus de Marsiliis, *Practica causarum criminalium*, Lugduni 1546, § diligenter, num. 159. Vgl. auch Koch, *Denunciatio* (wie Anm. 53), S. 102f. mit Hinweis

1. Deliktsgruppen:

Die Deliktsgruppen, für die die Lehre von den *crimina excepta* Anwendung fand, wurden dabei ständig erweitert. Es lassen sich zwei große Gruppen unterscheiden. Zum einen galten besonders schwere, abscheuliche Delikte als Ausnahmeverbrechen⁵⁶). Klein spricht von *delictum atrociorum*⁵⁷) bzw. *crimen maximum, enormissimum et atrocissimum*⁵⁸). Sonderregeln galten zum anderen auch bei solchen Delikten, die keine äusseren Spuren hinterlassen (*delicta facti transeuntis*), bei geheimen Delikten (*delicta occulta*), und bei Delikten, die sonst schwer zu beweisen waren (*delicta difficilis probationis*), bei denen folglich, nach einer verbreiteten Formel, der Wahrheit anders nicht beizukommen war als durch ein erleichtertes Verfahren (*quando veritas aliter haberi non potest*)⁵⁹).

Viele der als *crimina excepta* eingestuften Delikte zählten zu beiden Gruppen, namentlich Häresie und Hexerei. Martin Delrio stellte für letzteres mehr auf die Schwere des Verbrechens ab, die er darin sah, dass die Hexerei verschiedenste schwere Delikte wie Apostasie, Häresie, Sakrileg, Blasphemie, Mord sowie Konkubinat mit dem Bösen Geist in sich vereinigte⁶⁰). Jean Bodin dagegen begründete die Abweichungen vom ordentlichen Verfahren gerade nicht mit der Schwere des Hexereidelikts, sondern mit seiner Heimlichkeit⁶¹). Dieser Aspekt steht auch bei Peter Binsfeld im Vordergrund, wenngleich er auch die „Grausamkeit des Lasters“ als Grund für Abweichungen im Verfahren nennt⁶²).

auf Daniel Clasen, *Commentarius in Constitutiones Criminales Caroli V. Imperatoris*, Lipsiae 1718, Prolegomena, p. 23.

⁵⁶) Vgl. Nachweise in Anm. 51.

⁵⁷) Klein, *De executione* (wie Anm. 2), cap. 1 num. 41. Zur anderen Ansicht von Carpov siehe unten Anm. 95.

⁵⁸) Klein, *De executione* (wie Anm. 2), cap. 3 num. 4 u. öfter.

⁵⁹) Carpov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 16 num. 4, 18; pars 1 q. 49 num. 60f.; pars 3 q. 108 num. 36; pars 3 q. 148 num. 49ff.; Farinacci, *Praxis et theoriae criminalis* (wie Anm. 54), lib. 1 q. 2 num. 13. Vgl. Auch Koch, *Denunciatio* (wie Anm. 53), S. 101f. mit Hinweis auf Brunnemann, *De inquisitionis processu*, membr. II, cap. 8 num. 25–28; Frölich von Frölichsburg, 2. Buch 6. Titel num. 17; Zanger, *Tractatus de quaestionibus seu tormentis reorum*, cap. 5 num. 45ff., cap. 1 num. 35.

⁶⁰) Martin Delrio, *Dquisitionum magicarum libri VI*, Lugduni 1608, lib. 5, sect. 1 (p. 366): *quae est sententia DD. communis et verissima: esse quoque crimen enormissimum, gravissimum, atrocissimum, quia in eo concurrunt circumstantiae criminum enormissimorum, apostasiae, haeresis, sacrilegii, blasphemiae, homicidii: immo et parricidii saepe, et concubitus contra naturam cum creatura spirituali, et odii in Deum, quibus nihil potest esse atrocius*.

⁶¹) Jean Bodin, *De la démonomanie des sorciers*, Paris 1580, lib. 4 cap. 1.

⁶²) Peter Binsfeld, *Tractat Von Bekanntnuß der Zauberer vnnd Hexen: Ob vnd*

Zu den Sonderverbrechen zählten neben der Häresie und der Hexerei auch das Majestätsverbrechen⁶³), ferner Gotteslästerung (Blasphemie)⁶⁴), Sodomie, Ehebruch und Inzest, Mord und Raub, aber auch Bereiche des *falsum*, insbesondere die Münzfälschung⁶⁵). In kirchlichen Quellen werden auch Ämterkauf (Simonie) und Wucher als Ausnahmeverbrechen gehandelt⁶⁶).

Die Tendenz der Ausdehnung lässt sich auch bei den Bildnis- und Leichnamsstrafen beobachten: Für die Häresie- und Majestätsdelikte entwickelt, wird sie nach Klein nicht nur in Fällen des Hochverrats, der Häresie und der Blasphemie, sondern auch bei Zauberei (*veneficium*), Sodomie, Brandstiftung, Mordbrennerei und beim Selbstmord angewendet⁶⁷). Sogar bei Diebstahl wurde gelegentlich, wie der Geismarer Fall von 1580 belegt, eine Leichnamsstrafung praktiziert.

Eine ähnliche Entwicklung machte auch die *executio in effigie* durch, die, dem römischen Recht noch unbekannt, eine Erfindung der Neuzeit ist. Sie wurde vor allem in der spanischen Inquisition und in Frankreich zunächst bei Häresie und Majestätsverbrechen angewendet, bald aber auf Meineid, Verrat und Betrug ausgedehnt⁶⁸).

wie viel denselben zu glauben, Trier 1590, fol. 99r–103v: *in grausamen vnnd heimlichen Lasteren / soll der Richter williger vnd bereyter seyn zur Tortur vnd peinlicher frag / fort zu fahren [...] Dann die ding so verborgen geschehen / können schwerlicher bewaeret werden. Darauß entspringet der Außspruch im Rechten geuebt: In den verborgen vnd heimlichen / die bewaerung durch muhmassung seyen genugsam / seyn von wegen schwere der Sachen / die sonst nicht gesnugsam weren. Verborgen aber nennet man / was bey nacht vnd an verborgen oerteren geschicht. [...] Nun aber das Laster der Zauberer / welches auß obgesagten vnd anderen mehr Ursachen / das aller verborgenst ist / wer wolt zweiffeln / daß es mit geringen anzeigungen zu peinlicher frag kuendt gezogen werden? Jedoch weichen wir nicht ab von den anderen auß der Regel abgezogenen Lasteren / wie das in allen obgesagten wol zu ersehen. [...] es ist gemein / vnd bey den Juristen im brauch / daß wegen der schadtligkeit und grausamkeit deß Lasters / die Recht vnd Satzung mögen ubertreten werden. [...] Wo wir den besagungen der Zauberer / gegen ihre Gesellen vnnd Lasters Mitgenossen nicht werden platz geben / wirdt kein mittel noch weg seyn / diß Laster außzureuten.*

⁶³) Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 3ff., 8.

⁶⁴) Nach Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 45 num. 86 war aufgrund der Schwere dieses Delikts der *rigor iuris* anzuwenden.

⁶⁵) Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 42 num. 86.

⁶⁶) Peters, „Crimen exceptum“ (wie Anm. 53), p. 172f.

⁶⁷) Klein, *De executione* (wie Anm. 2), cap. 3, Beispiele ebd. cap. 4.

⁶⁸) Zur Bildnisstrafe vgl. Wolfgang Brückner, *Das Bildnis in rechtlichen Zwangsmitteln*, in: *Festschrift für Harald Keller*, 1963, S. 111; Ders., *Bildnis und Brauch*, *Studien zur Bildfunktion der Effigies*, 1966; Ch. Hinckeldey (Hg.), *Justiz in alter Zeit*, 2. Auflage 1989, S. 289ff.

Für die Einordnung eines Verbrechens in die Liste der *crimina excepta* dürften die Sozialschädlichkeit des Verbrechens, aber auch irrationale, oft durch zeitgenössische Medien (Flugblätter) geschürte Kollektivängste ausschlaggebend gewesen sein, die die Täter zu öffentlichen Feinden stilisierten, deren Ausrottung für ein gedeihliches Fortleben der Gemeinschaft als unabdingbar angesehen wurde. Der Zusammenhang zwischen Medien, kollektiven Ängsten und Strafverfahren ist exemplarisch vor allem in der Hexenforschung immer wieder hervorgehoben worden⁶⁹⁾, hat aber wohl auch Gültigkeit für die meisten anderen unter den Begriff der *crimina excepta* fallenden Verbrechen. Die Bildnis- und Leichnamsstrafen könnten demnach auch den Zweck gehabt haben, dem unsichtbaren, abwesenden Feind ein Gesicht zu verleihen und ihn durch quasi magische Praktiken abzuwehren.

2. Auswirkungen auf die strafrechtlichen Grundsätze:

Die Folgen, die an die *crimina excepta* geknüpft waren, waren vielfältig. Zum einen wurden bei der Bestrafung der Schwerstdelikte wichtige Grundsätze des materiellen Strafrechts aufgeweicht, insbesondere das Schuldprinzip und die Personalität der Strafe. Neben den Leichnams- und Bildnisstrafen, die bei *crimina excepta* zur Anwendung gelangten⁷⁰⁾, gehören hierher die Strafen für fremde Schuld: Kinder konnten für ihre Eltern, unschuldige Mitglieder eines Verbandes für die schuldigen Mitglieder bestraft werden⁷¹⁾. Zur Begründung einer Mitbestrafung der Nachkommen wurde u. a. darauf hingewiesen, dass diese das Laster der Eltern in der Regel nachahmen, die Strafe wurde also insoweit im Hinblick auf befürchtete spätere Straftaten vorverlegt. Insgesamt ist das Strafrecht in Fällen der *crimina excepta* stärker von Präventionsgedanken und dem Interesse einer effektiven Strafverfolgung und Bekämpfung des Verbrechens geprägt.

Zum anderen wurden unter Berufung auf die Schwere des Verbrechens Verfahrens- und Beweiserleichterungen legitimiert⁷²⁾. So wurde die Ein-

⁶⁹⁾ Lerner, *Crimen Exceptum* (wie Anm. 52), p. 36, 44f.; Dies., *Enemies of God, The Witch-Hunt in Scotland*, Baltimore 1981; Schwerhoff, *Crimen Maleficarum* (wie Anm. 52), am Ende; vgl. auch Maihold, *Hexenprozesse in Franken* (wie Anm. 51), S. 62f.

⁷⁰⁾ Vgl. für das Strafurteil gegen Abwesende auch Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 6 (*crimen laesae majestatis*).

⁷¹⁾ Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 3, 7. Vgl. Harald Maihold, *Zur Geschichte der Verbandsstrafe*, *Himeji Law Review* 44 (Dezember 2005), p. 380ff., mit Übersetzung ins Japanische von Masatsuna Morinaga ebd. p. 360ff.

⁷²⁾ Exemplarisch für das *crimen laesae majestatis* Carpzov, *Practica nova* (wie

leitung des Verfahrens durch Denunziation möglich gemacht⁷³), es wurden übel beleumdete oder im ordentlichen Verfahren ausgeschlossene Zeugen (z. B. Frauen und Kinder, überführte Mittäter) zum Zeugnis zugelassen⁷⁴), die Schwelle zur Anwendung der Folter war herabgesetzt⁷⁵) und ihre Grenzen ausgehebelt⁷⁶). Schließlich konnten bei schweren Delikten auch außerordentliche Ermessensstrafen und Verdachtsstrafen ausgesprochen werden⁷⁷). Die Appellation war für den Angeklagten nicht erlaubt⁷⁸).

Es wäre aber zu weit gegriffen, würde man behaupten, dass bei den *crimina excepta* die strafrechtlichen Grundsätze des gemeinrechtlichen Verfahrens überhaupt keine Anwendung mehr gefunden hätten, wenngleich sich eine Tendenz zu potentieller Grenzenlosigkeit⁷⁹) nicht von der Hand weisen lässt. Ein Kernbereich der Verfahrensregeln durfte, jedenfalls de iure und nach herrschender Auffassung, auch bei den schlimmsten und geheimsten Verbrechen nicht angetastet werden. Zu diesem Kernbereich zählten das Recht des Beschuldigten auf eine angemessene Verteidigung und der Zweizeugenbeweis. Die Beweisverwertungsverbote, die das gemeine Recht bei Verstößen gegen die Indizienlehre aufstellte, blieben bei den *crimina excepta* ebenfalls

Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 3ff., 8. Vgl. Koch, Denunciatio (wie Anm. 53), S. 100ff.; Lärner, Crimen Exceptum (wie Anm. 52), p. 44f.

⁷³) Carpzov, Practica nova (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 3 (*crimen laesae majestatis*).

⁷⁴) Carpzov, Practica nova (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 5 (*crimen laesae majestatis*).

⁷⁵) Dazu Farinacci, Praxis et theoricae criminalis (wie Anm. 54), lib. 1 q. 37 num. 79ff.; Carpzov, Practica nova (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 6, 10 (*crimen laesae majestatis*).

⁷⁶) So konnte in *delictis atrocissimis* der dritte Foltergrad angewendet und die Folter ausnahmsweise zweimal wiederholt werden. Nach Carpzov, Practica nova (wie Anm. 54), pars 3 q. 117 num. 65; pars 3 q. 102 num. 67; pars 3 q. 125 num. 47 galt dies jedoch nur für *delicta atrocissima*, nicht für *atrocia* und *atrociora*.

⁷⁷) Carpzov, Practica nova (wie Anm. 54), pars 1 q. 49 num. 61: *Et in ejusmodi delictis occultis praesumptiva et conjecturata probatio pro plena et concludenti habetur* mit Hinweis auf Baldus, Decius, Decianus u. a. Vgl. auch Carpzov (l.c.) pars 1 q. 16 num. 4, 18; pars 3 q. 125 num. 52 (s. Zitat oben); pars 3 q. 148 num. 49ff.

⁷⁸) Carpzov, Practica nova (wie Anm. 54), pars 1 q. 41 num. 6 stellt dies als Besonderheit des *crimen laesae majestatis* dar und zitiert dafür ältere legistische Literatur. Allerdings war, worauf § 95 des Reichsabschieds von 1530 hinweist, die Appellation in peinlichen Sachen nach deutscher Gewohnheit allgemein, nicht nur bei *crimina excepta*, ausgeschlossen; vgl. Christian Szidzek, Das frühneuzeitliche Verbot der Appellation in Strafsachen, 2002.

⁷⁹) So Peters, "Crimen exceptum" (wie Anm. 53), p. 147: "potentially limitless".

in Kraft⁸⁰). Sogar eine Strafmilderung war bei schweren Verbrechen nicht ausgeschlossen⁸¹).

Insgesamt betrachtet, fanden die Ausnahmeregeln immer dort Anwendung, wo die ordentlichen Verfahrensregeln eine effektive Strafverfolgung nicht garantierten und die Anwendung der materiellen Grundsätze nicht als angemessene Reaktion auf die Tat angesehen wurden. Die Lehre von den *crimina excepta* steht damit in einer Linie mit anderen Grundsätzen des gemeinen Strafrechts, wonach Delikte nicht unbestraft bleiben durften (*delicta non debet remanere impunita*)⁸²) und bei schweren Delikten mit Härte (*cum severitate*) vorzugehen war⁸³).

3. Ursprung der Lehre:

Wo der Gedanke der *crimina excepta* herkommt, bedürfte noch einer genauen Untersuchung. Keinesfalls handelt es sich um eine Erfindung Jean Bodins, bei dem die Vorstellung von der Hexerei als Sonderverbrechen lediglich besonders klar zu Tage tritt⁸⁴). Vielleicht steht er im Zusammenhang mit den Amnestiegesetzen der spätrömischen Zeit, die gewisse Verbrecher von der Wirkung ausnahmen⁸⁵). Möglicherweise steht die Entwicklung aber schon in enger Verwandtschaft zur Herausbildung der *poena extraordinaria* in der Strafzumessung, die sich in den Majestätsprozessen der frühen römischen Kaiserzeit entwickelte⁸⁶) und die im 16. und 17. Jahrhundert ebenfalls, vor allem bei Carpzov, eine große Rolle gespielt hat⁸⁷). Vielleicht findet der Gedanke seine umgekehrte Parallele in der ausnahmsweisen Rechtfertigung von gewaltsamen Tötungshandlungen bei den Kreuzfahrern⁸⁸). So richtig durchgesetzt hat sich der Gedanke des Ausnahmeverbrechens aber wohl erst seit den Häresieprozessen des Hoch- und Spätmittelalters,

⁸⁰) Arnd Koch, Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens, Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur, in: Festschrift für Hinrich Rüping, 2008, S. 393ff., 399f.; Ders., Wider ein Feindstrafrecht (Anm. 51), S. 38ff.

⁸¹) Vgl. Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 42 num. 86 (*falsa moneta*); pars 3 q. 143 num. 90 (*reum minorum*); allgemein zu der Gewohnheit, schwere Strafen abzumildern: pars 3 q. 150 num. 28.

⁸²) Vgl. Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 1 q. 34 num. 62; pars 2 q. 69 num. 8; pars 3 q. 128 num. 1; pars 3 q. 139 num. 15, 18.

⁸³) Vgl. Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 3 q. 142 num. 2, 4.

⁸⁴) Peters, "Crimen exceptum" (wie Anm. 53), p. 142.

⁸⁵) So Peters, "Crimen exceptum" (wie Anm. 53), p. 144ff.

⁸⁶) Vgl. dazu jüngst Andreas Schilling, *Poena extraordinaria*, Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit, 2010.

⁸⁷) Vgl. z.B. Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 3 q. 133 num. 1ff.

⁸⁸) Dazu Peters, "Crimen exceptum" (wie Anm. 53), p. 162ff.

in denen es um die Verteidigung der christlichen Gesellschaft gegen ihre Feinde und um die Abwendung des Gotteszorns durch den Sieg über seine Feinde ging. Seitdem sind die *crimina excepta* allgegenwärtig und führen zur Herausbildung neuer Jurisdiktionsformen⁸⁹⁾. Möglicherweise liegt hier sogar der Kern des Strafrechts überhaupt: Erst in den Prozessen wegen Schwerstverbrechen wurde das „zivilrechtliche“ Instrumentarium durch entehrende „Strafen“ ergänzt und trat neben das kontradiktorische Akkusationsverfahren ein von der Amtsermittlung geprägtes Inquisitionsverfahren⁹⁰⁾. Auf die Hexerei wird der Gedanke der *crimina excepta* zwar schon im Hexenhammer übertragen, zur herrschenden Lehre wird dies jedoch erst mit Bodin, Binsfeld und Delrio in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts⁹¹⁾.

4. Kritik:

Die Lehre von den *crimina excepta* war bis ins 18. Jahrhundert hinein herrschend, wenngleich keinesfalls unbestritten⁹²⁾. Kritik findet sich vor allem im 17. Jahrhundert bei Friedrich Spee⁹³⁾ und, sehr beherzt, bei Justus Oldekop⁹⁴⁾, die gegen die Lehre einwenden, dass die Gebote der Vernunft für alle Verfahren gelten müssten, da ansonsten die Gefahr bestünde, dass Unschuldige gefoltert und verurteilt würden; zudem stünde das christliche Liebesgebot einem strengen außerordentlichen Verfahren entgegen. Auch das Reichskam-

⁸⁹⁾ Peters, „Crimen exceptum“ (wie Anm. 53), p. 159ff.; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte (wie Anm. 53), Rdnr. 35; Mathias Schmoekel, Humanität und Staatsraison, Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, 2000, S. 276ff.

⁹⁰⁾ Inquisitorische Elemente finden sich freilich auch im disziplinarischen Strafrecht gegen Kleriker, nicht erst in den Häresieverfahren; vgl. dazu Winfried Trusen, Der Inquisitionsprozeß, ZRG 105 Kan. Abt. 74 (1988), S. 168ff.; Ders., Vom Inquisitionsverfahren zum Ketzer- und Hexenprozeß ..., in: Dieter Schwab (Hg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, 1989, S. 435ff., sowie Peters, „Crimen exceptum“ (wie Anm. 53), p. 183.

⁹¹⁾ Peters, „Crimen exceptum“ (wie Anm. 53), p. 139ff.

⁹²⁾ Zum Folgenden vgl. Koch, Denunciatio (wie Anm. 53), S. 103ff.; Ders., Wider ein Feindstrafrecht (Anm. 51), S. 38ff.

⁹³⁾ Friedrich Spee, Cautio Criminalis oder Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse (1631), übersetzt von Joachim-Friedrich Ritter, 6. Auflage München 2000, q. 30 (S. 154), q. 37 und 38 (S. 181ff.).

⁹⁴⁾ Justus Oldekop, Observaciones criminales Practicae, Francofurti ad Oderam 1698, tit. 4 obs. 16 num. 3, der die Lehre von den *crimina excepta* als *periculosissimus error* bezeichnet.

mergericht scheint der Lehre von den *crimina excepta* eher skeptisch gegenüber gestanden zu haben⁹⁵).

Benedikt Carpzov scheint diese kritischen Stimmen nicht gekannt zu haben. Die Lehre von den *crimina excepta* zieht sich durch sein ganzes Buch. An manchen Stellen versucht er aber immerhin, ihren Anwendungsbereich einzuschränken. So will er Ausnahmen nur bei *delicta atrocissima*, nicht schon bei *delicta atrociora* zulassen⁹⁶). Und er stimmt entgegen der herrschenden Ansicht Daniel Möller⁹⁷) zu, der die Meinung vertrat, dass Abweichungen vom ordentlichen Verfahren nur bei der Bestrafung, nicht aber schon beim Verfahren erfolgen dürften⁹⁸). Daraus auf eine den *crimina excepta* ablehnende Ansicht Carpzovs zu schließen⁹⁹), ginge jedoch zu weit.

Im 18. Jahrhundert wird die Kritik von Johann Samuel Friedrich Boehmer aufgegriffen¹⁰⁰). Cesare Beccaria schließlich stellt mit polemischem Unter-

⁹⁵) So jedenfalls Peter Oestmann, Hexenprozesse am Reichskammergericht, 1997, S. 38f., 316, 522; anders Ralf-Peter Fuchs, Rezension zu Herbert Eiden/Rita Voltmer (Hgg.), Hexenprozesse und Gerichtspraxis, Trier, Paulinus Verlag 2002, in: sehepunkte 4 (2004), Nr. 10 [15.10.2004], URL: <http://www.sehepunkte.de/2004/10/2517.html>.

⁹⁶) Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 3 q. 102 num. 67. Zu ersteren zählt er Mord, Brand und Raub, zu letzteren Diebstahl.

⁹⁷) Daniel Möller (Moller), *Semestrium libri quinque*, Lipsensis 1611, lib. 3 cap. 17, der sich hier u. a. auf Hippolytus de Marsiliis beruft.

⁹⁸) Carpzov, *Practica nova* (wie Anm. 54), pars 3 q. 102 num. 68: *Notissimum est, quod in delictis atrocissimis, propter criminis enormitatem jura transgredi liceat: quod tamen in delictis atrocibus minime concessum [...]. Quod ipsum tamen Dan. Moller: d.l. in puniendo tantumodo reo confesso, vel convicto: non autem in procedendo, et antequam certo constat, an accusatus vel inquisitus delictum atrocissimum commiserit, nec ne, verum esse putat: quam declarationem desumpsit ex traditis Hippol. De Marsil. d. §. Diligenter. Num. 159. Cui sententiae ceu aequiori, subscribere nil dubito: quamvis sciam, alibi contrarium servari, quod nempe in criminibus atrocissimis permittatur judicibus, jura transgredi etiam in procedendo, et ad torturam deveniri liceat, etiamsi indicia non sint in totum sufficientia, neque probata per testes omni exceptione majores, prout testatur Jul. Clar. d. §. 1. n. 9. in fin.*

⁹⁹) So Koch, *Denunciatio* (wie Anm. 53), S. 103, nach dem Carpzov hier als „entschlossener Gegner der crimen-exceptum-Doktrin“ erscheint.

¹⁰⁰) Johann Samuel Friedrich Boehmer, *Observationes Selectae ad Bened. Carpzovii ...*, Francofurti ad Moenum, 1759, pars 3 obs. 3 ad q. 102 num. 67: *Quicquid sit, Autor, tametsi absurditatem rei hic agnoscat, non tamen sibi satis cavere potuit a professione propositionum ex hoc fonte profluentium, ut frequentissima ejus provocatio ad crimina excepta, a regula eximenda, docet.* Ders., *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam, Halae Madgeburgicae 1774*, art. 22, § 5: *Nititur utraque falsissimo principio, quod in atrocioribus a regula deflectendum sit, quo ineptius nil fingi potest. Ut enim a poena graviore, et hoc sensu extraordinaria,*

ton fest, es müsse „demjenigen, der nicht bedenkt, dass die Vernunft nie die Gesetzgeberin der Nationen gewesen, sonderbar scheinen, dass die schweren oder minder klar hervortretenden und chimärischen Verbrechen [...] durch die schwächsten und zweideutigsten Vermuthungen und Anzeigen erwiesen werden“¹⁰¹). Diese Stellungnahmen haben dafür gesorgt, dass zum Ende des 18. Jahrhunderts die Regel umgekehrt wurde: Je schwerer das Verbrechen, desto stärker sind die Gerichte gehalten, die Regeln des ordentlichen Verfahrens einzuhalten. Der Schutz des Bürgers vor ungerechtfertigter Strafverfolgung hat nunmehr Vorrang vor der Feindbekämpfung. Damit verschwinden auch die Bildnis- und Leichnamsstrafen von der Bildfläche¹⁰²).

VI. Schluss

Meine kurzen Ausführungen wollten zeigen, dass im Umfeld der Bildnis- und Leichnamsstrafen der frühen Neuzeit noch Forschungsbedarf besteht. Obwohl die Bildnis- und Leichnamsstrafen in der strafrechtlichen Literatur des 16. bis 18. Jahrhunderts häufig gemeinsam thematisiert werden, sind die Zusammenhänge zwischen beiden Phänomenen in der Rechtsgeschichte bisher nicht untersucht worden. Zudem sind die Leichnamsstrafen meist einseitig unter dem Blickwinkel des germanischen Rechts erörtert worden. Ein umfassender, ganz Europa und auch den Orient berücksichtigender Rechtsvergleich steht demgegenüber noch aus. Und auch die Lehre von den *crimina excepta*, von der die Bildnis- und Leichnamsstrafen nur ein Teilaspekt sind, ist in der rechtshistorischen Forschung bisher eher stiefmütterlich behandelt worden.

Diese Forschungsdefizite sind umso bedauerlicher, als die angesprochenen Fragestellungen, auch wenn ihre Ursprünge zum Teil weit zurückreichen, bei näherer Betrachtung doch oft von erstaunlicher Aktualität sind. Der Umgang mit Leichen ist auch Gegenstand neuerer Diskussionen über Hirntote¹⁰³), Kör-

ad processum extraordinarium ac irrationalem concludere non licet, ita ratiocrinium potius invertendum, ut quo gravior imminet poena, eo fortior probatio requiranda sit. Ebd. art. 83, § 1: *Quid enim magis absurdum, quam ex atrocitate facti in abstracto, contra reos, de quorum reatu nondum constat, in concreto discernere, et eiurata recta ratione, contra eos tumultuarie procedere? Quae consequentia? crimen praesens est difficilis probationis, et in se atrox, ergo ad eruendam veritatem ordine iuris neglecto pronuntiandum, tortura sine mora dictanda, aut qualis qualis probatio admittenda? Nonne meliori ratione in atrocioribus regulas processus in dubio servare, et quo maius praeiudicium reo imminet, eo minus a praescripto legum recedere decet?*

¹⁰¹) Cesare Beccaria, Ueber Verbrechen und Strafen, übersetzt von Julius Glaser, Wien 1851, § 13 (S. 37).

¹⁰²) Dazu bereits Maihold, Schauspiel (wie Anm. 8), passim.

¹⁰³) Englert, Todesbegriff (wie Anm. 3), S. 114 spricht von „lebenden Toten“.

pertabus und Pietätsgefühle¹⁰⁴). Dass der Konflikt auch nach dem Tod des Verbrechers fortlebt, zeigt die Debatte um eine „Wahrheit der Geschichte“¹⁰⁵) und um die Diskussion von Alternativen zum Strafrecht: Soll dort, wo ein Strafprozess wegen Versterbens der Täter nicht mehr möglich ist, ein Gerichtshof der Geschichte die historische Wahrheit aufklären? Dies wäre zwar nur ein Symbol, aber ist nicht auch die Strafe an Lebenden hauptsächlich ein Symbol?

In diesen Zusammenhang passt auch der Prozess gegen Frank L., der die Wachsfigur Adolf Hitlers im Berliner Wachsfiguren-Kabinett beschädigt hatte, weil er die „ungeniert positive“ Darstellung Hitlers in unmittelbarer Nachbarschaft des Holocaust-Denkmal als unpassend empfand: Mit seiner Tat wollte er das Andenken seiner in der Berliner Trümmerlandschaft aufgewachsenen Mutter ehren und „ein Zeichen setzen“. Frank L. wurde zu einer Geldstrafe verurteilt und die Puppe wieder ausgestellt – allerdings in deutlich veränderter Form, mit strähnigem Haar und gelockerter Krawatte, so dass die Figur heute den Eindruck eines gebrochenen Mannes macht. Damit kann auch Frank L. leben – sein „Prozess“ gegen das Hitlerbildnis war also nicht umsonst¹⁰⁶). Er hat ein Zeichen gegen die Verharmlosung des Diktators gesetzt, das letztlich akzeptiert wurde.

Von besonderer Aktualität ist schließlich die Lehre von den *crimina excepta*, die stark an die zurzeit heftig geführte Debatte um ein „Feindstrafrecht“¹⁰⁷)

Zu einem individuellen Lösungsvorschlag vgl. Pascal Lachenmeier, *Der Tod im liberalen Staat, Die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt*, Basel 2008.

¹⁰⁴) Vgl. dazu Kurt Seelmann, *Körperwelten und Pietät, Der Umgang mit den Toten und die Würde der Lebenden*, in: NZZ vom 4.10.1999. Vgl. auch die Auseinandersetzung um den „Steinmetz-Fall“ BVerfGE 32, 311. Die Schutzwürdigkeit von Pietätsgefühlen, ist, wie die Leichnamsstrafe bei Klein, auch heute an „Erinnerungsfristen“ geknüpft.

¹⁰⁵) Vgl. zu diesem Problem Carlo Ginzburg, *Die Wahrheit der Geschichte, Rhetorik und Beweis*, 2001.

¹⁰⁶) Zacharias Zacharakis, *Wachsfiguren-Prozess, 900 Euro Strafe für Attentat auf Hitler-Puppe*, in: Spiegel Online, 12. Mai 2009, 18:35 Uhr.

¹⁰⁷) Vgl. Maihold, *Crimina excepta* (wie Anm. 51), S. 55ff. Zu dieser Diskussion grundlegend Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS (Online-Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht) 3/2004, S. 88ff.; Ders., *Terroristen als Personen im Recht?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117 (2005), S. 839ff. Differenzierend Michael Pawlik, *Der Terrorist und sein Recht, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, 2008, S. 38ff., 41, der in der Unschädlichmachung von „Feinden“ keine Entpersonalisierung, sondern umgekehrt gerade eine Anerkennung der Selbstdefinition und -präsentation des „Feindes“ sieht. – In der Literatur überwiegen mittlerweile die kritischen

erinnert. Dieses Schlagwort soll erklären, weshalb bei Straftaten im Dunkreis des internationalen Terrorismus, der organisierten und Wirtschaftskriminalität, bei Sexual- und Betäubungsmittelstraftaten an die Stelle rechtstaatlicher Grundsätze mehr und mehr ein Täter- und Gesinnungsstrafrecht tritt, das allein dem Gebot effektiver Kriminalitätsprävention gehorcht¹⁰⁸). Mit der Verbandsstrafe werden wieder schuldunabhängige Elemente in das Strafrecht eingeführt¹⁰⁹), im Strafverfahren Beweiserleichterungen eingeführt, ja sogar die Folter wird wieder diskutiert, zu präventiven Zwecken zwar, doch die Frage ist, ob man das so trennen kann¹¹⁰). Die Parallelen zu den *crimina excepta* liegen auf der Hand. Eine umfassende historische Betrachtung vermöchte demnach zur aktuellen Diskussion vermutlich einiges beizutragen. Offenbar leben hier alte, längst tot geglaubte Denkmöglichkeiten von einem autoritären Untertanenstrafrecht wieder auf.

Stimmen. Eine kleine Auswahl: Luis Greco, Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 153 (2006), S. 96ff.; Francisco Muñoz Conde, Über das „Feindstrafrecht“, 2007; José L. González Cussac, „Feindstrafrecht“: Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaats, 2007; Massimo Donini, Das Strafrecht und der „Feind“, 2007; Katrin Gierhake, Feindbehandlung im Recht? Eine Kritik des so genannten „Feindstrafrechts“ und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Straftheorie Günther Jakobs, Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie 2008, S. 337ff.; Geraldine Louisa Morguet, Feindstrafrecht – Eine kritische Analyse, 2009; Thomas Vormbaum (Hg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2010.

¹⁰⁸) So die Aufzählung bei Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht (wie Anm. 107), S. 92. Danach ist Feind, wer „die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet und deshalb darauf aus ist, diese Ordnung zu zerstören“. Nimmt man dagegen die Aufzählung in Art. 102 Abs. 2 ch-StGB, der bei bestimmten Katalogstraftaten eine originäre Strafbarkeit von Unternehmen begründet, so könnte ein „Feindstrafrecht“ vorliegen bei Teilnahme an einer kriminellen Organisation, bei Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bestechung bzw. Vorteilsgewährung an Amtsträger und bei unlauterem Wettbewerb.

¹⁰⁹) Vgl. zur neueren Diskussion kritisch Friedrich von Freier, Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen, GA 2009, S. 98ff.; für eine Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip plädiert Martin Böse, Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip, Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 15ff.

¹¹⁰) Vgl. dazu Harald Maihold, Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? – Zur Strafbarkeit der „Gefahrenabwehrfolter“ nach schweizerischem und deutschem Recht, in: Martino Mona/Kurt Seelmann (Hgg.), Grenzen des rechtfertigenden Notstands, Zürich 2006, S. 115ff.; für eine Vereinbarkeit der Präventivfolter mit dem Notwehrrecht plädiert Reinhard Merkel, Folter und Notwehr, Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 375ff.